

JUAN BUSTOS RAMIREZ
HERNAN HORMAZABAL MALAREE

Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Significación social y tipicidad*

(*) En homenaje a José Antón Oneca.

1.— En relación al tema que nos ocupa la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado la tipicidad mediante el llamado dogma causal y en forma precisa por el axioma “causa causae, causa causati” (1). En sus últimas sentencias se expresa con claridad cual es el criterio que se sigue para establecer dicha relación de causalidad (2). Se distingue entre *procesos o series causales simples y series causales complejas*. Se entiende por los primeros aquéllos que no sufren la interferencia de otros cursos causales, de modo que no hay alteración alguna en la relación de causalidad, sería el caso del que descarga su pistola sobre la víctima ocasionándole una muerte instantánea. En cuanto a los segundos, son aquellos en que concurren “con causas o condiciones sobrevenidas”, sería el caso de quien herido no de gravedad al ser llevado al hospital se da vuelta el vehículo que lo transporta y muere a consecuencias de que éste se incendie. Estos procesos complejos se darían sobre todo en los casos de los delitos preterintencionales y de los imprudentes.

(1) Sobre el problema de la causalidad en la jurisprudencia, véase en general, Córdoba Roda, Juan: *Comentarios al Código Penal*, pp. 10 y ss.

(2) Véase Aranzadi, sentencias 18-6-73 (nº 2828); 22-11-74 (nº 4709); 11-2-75 (nº 385).

En el caso de los procesos causales simples se aplica sin más la equivalencia de las condiciones. En cuanto a los complejos, si bien también se le aplica en muchos casos bajo el conocido aforismo anteriormente citado, además se recurre al criterio de la causalidad adecuada y sobre todo “a la interrupción natural del nexo causal por accidentes extraños” (3).

Con razón la doctrina ha adoptado una posición crítica respecto a este desarrollo de la jurisprudencia. Es así como Córdoba Roda ha hecho notar: “Graves son las consecuencias a que una rigurosa aplicación de la doctrina de la *conditio sine qua non* puede conducir en nuestro derecho. La culpabilidad, como ulterior requisito para la existencia del delito, no ofrece el suficiente paliativo para evitar una desmesurada extensión de la responsabilidad criminal” (4). Además Córdoba Roda hace hincapié también de que la existencia en el derecho español de delitos calificados por el resultado, lleva a una “injusta extensión del ámbito de lo punible” (5). Es por eso que la mayoría de la doctrina se ha pronunciado por fórmulas que de algún modo reduce el ámbito de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así, entre otros, Rodríguez Mourullo se decide por la teoría de la relevancia (6), Rodrí-

(3) Así, en la sentencia de 11-2-75 (nº 385) (Aranzadi) se expresa: “... pues de acuerdo con el criterio jurisprudencial se trata de la herida inicialmente letal... que no cabe calificar de extraño a la conducta del reo en cuanto no fue debido a otro actuar humano y menos a la conducta del propio lesionado, con lo que es visto que puede seguirse hablando de muerte del agredido como consecuencia natural de la inicial agresión vulnerante en grado sumo”. Véase, además, las otras sentencias de la cita 2 y, sobre todo, Córdoba Roda, Juan: *op. cit.*, p. 15.

(4) Córdoba Roda, Juan: *ob. cit.*, pp. 12-13.

(5) Córdoba Roda, Juan: *ob. cit.*, p. 13.

(6) Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho Penal*, p. 301 y nota 18.

guez Devesa por la teoría de la causalidad típica (7), Gimbernat Ordeig por la teoría de la reprochabilidad objetiva (8). Antón Oneca señaló también con mucha claridad esta posición de la doctrina: “La objeción más importante que a la equivalencia de condiciones se ha hecho, estriba en la extensión excesiva dada al concepto de causa” (9) y más adelante agrega: “La de la causalidad adecuada es, por tanto, la teoría que mejor encuadra en la tipicidad” (10).

2.— Este desarrollo de la jurisprudencia y doctrina española se corresponde con la discusión existente dentro de la teoría del delito para una determinación mejor de la tipicidad.

A una primitiva concepción de la acción típica desde un punto de vista meramente naturalístico, como ocurría en el sistema de Liszt-Beling, siguió una posición de carácter causalista en la que se añadía una concepción neokantiana, que es el caso de la obra de Mezger, al mismo tiempo surgía una tendencia destinada a rectificar la concepción naturalista mediante un sentido social de la acción típica, tal es el caso de la teoría de la acción social, cuyo fundador fuera E. Schmidt, discípulo de v. Liszt. Por último, la teoría finalista de la acción, fundada por Welzel, planteó una total renovación de la acción típica, partiendo de una revisión crítica de los supuestos de ella misma.

Si se observa esta evolución, se comprobará que

(7) Rodríguez Devesa, J.M.: *Derecho Penal Español*, P.G. 3ª ed., p. 315.

(8) Gimbernat Ordeig, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 99 y ss.

(9) Antón Oneca, José: *Derecho Penal*, T. I, P.G., p. 165.

(10) Antón Oneca, José: *ob. cit.*, p. 167.

cada paso dado ha ido tendiendo a acercar más la teoría de la acción a la realidad social. Es así, como dentro del esquema de v. Liszt podía constituir una acción de injuriar el solo hecho de la irritación producida en el tímpano por las ondas sonoras surgidas de las cuerdas bucales del injuriador (11). Tal consecuencia, completamente alejada de la realidad social llevó a una modificación del concepto de acción, que ya se observa en Radbruch (12) y que se plasma fundamentalmente en E. Schmidt (13). Evidentemente, la sola irritación del tímpano no puede constituir jamás una acción de injuriar; es el significado social de las palabras el que les da su carácter de injuria. Por otra parte, los causalistas al superponer al naturalismo de v. Liszt la teoría de los valores, llegan también a una eliminación de los absurdos. Por último, con la teoría finalista de la acción se llega a una total superación de una acción comprendida sólo causalmente.

Sin embargo, esta evolución nos señala dos cosas: todos los autores citados parten para elaborar la teoría de la tipicidad desde la acción como base ineludible y, además, dicha acción la construyen sobre el dogma causal. Luego, en toda esta evolución hay dos características comunes como base de sustentación de la estructura del delito: la acción y la causalidad.

Con mucha razón señalaba Radbruch (14) que v. Liszt planteó dos tipos de sistemática respecto del delito, una de carácter categorial y otra teleológica.

(11) v. Liszt, Franz: *Lehrbuch*, 2ª ed. p. 167.

(12) Radbruch, Gustav: *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Frank Festgabe*, pp. 158 y ss.

(13) Schmidt, Eberhard: *Soziale Handlungslehre*, en *Festschrift Karl Engisch*, pp. 340 y ss.

(14) Radbruch, Gustav: *ob. cit.*, pp. 160 y ss.

La categorial partía de un concepto superior a todo injusto prejurídico y naturalista, esto es, la acción. La sistemática teleológica, en cambio, partía desde una característica especial de lo injusto, sin consideración del concepto general, esto es, del tipo. V. Liszt no logró pues fundir estas dos sistemáticas en una sola y la investigación ha estado dirigida a superar la contradicción y a hacer prevalecer la sistemática de carácter categorial. Es, por eso, que todo el desarrollo posterior (acción causal, acción social, acción final) ha estado destinado a subsanar las fallas que afectaban al concepto superior, prejurídico y naturalístico de delito, esto es, a la acción. En otras palabras, el desarrollo de la teoría del delito ha estado dirigido a convertir al concepto de acción en la piedra angular del sistema penal y en el portador de las demás características del delito.

3.— No es extraño de que al iniciarse la elaboración de la teoría del delito por v. Liszt, éste pusiera especial atención en la causalidad y en los fenómenos naturales. El siglo XIX fue la época del gran auge de las ciencias naturales y del positivismo. Por eso se explica que v. Liszt construyera la teoría del delito a semejanza de las clasificaciones en las ciencias naturales (15) y que también incorporara el principio de la causalidad, que tanta utilidad parecía tener en la explicación de los fenómenos físicos.

Welzel ha planteado acertadamente en su “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht” que la posterior teoría causalista de Mezger sólo superpuso a una base naturalista la teoría de los valores, en otras

(15) Cfr. Schmidhäuser, Eberhard: *Zur Systematik der Verbrechenstheorie*, en *Gedächtnisschrift Radbruch*, pp. 268-269.

palabras, dejó intocable la concepción naturalista de la acción y por ello mismo el dogma de la causalidad (16).

Pero esto no sólo afecta a la teoría causalista, sino además también, a la propia teoría finalista de la acción, ya que su punto de partida es asimismo el dogma causal. Ello permitió a Roxin plantear su incisiva crítica: "Pero ¿acaso sería menos ridículo querer caracterizar la acción de la injuria como supradeterminación final de ondas sonoras tendentes a producir sacudidas del tímpano? (17). En efecto, la base de la finalidad para Welzel está dada por la causalidad en cuanto la anteposición de fines se funda sobre la experiencia causal y la realización de la acción sobre la dirección del proceso causal (18). Pero, por cierto, Welzel como reconoce el propio Roxin (19), salvaba esta reducción al absurdo de su teoría en cuanto desde un principio precisó la acción final como una acción plena de sentido, esto es, según su

(16) Welzel, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; véase en especial pp. 64 y ss.: "El pórtico de entrada de estas ideas científicas filosóficas valorativas fue en la ciencia penal positiva *sobre todo la teoría del tipo*. Esto tuvo su razón en un profundo parentesco de ambas teorías: en forma similar que la filosofía de los valores en el campo filosófico general, *así la teoría del tipo en el derecho penal en cierto modo representa la teoría complementaria del positivismo*". (subrayado nuestro). Durante esta época fueron muchas las críticas en contra del desarrollo del derecho penal, pero no todas desde el mismo punto de vista. Así, en forma similar que Welzel, pero desde la mira nacionalsocialista, entre otros, Rauch, Herbert: *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*; Dahm-Schffstein: *Liberales oder autoritäres Strafrecht*.

(17) Roxin, Claus: *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 93.

(18) Cfr. Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán*, 11^a ed. alemana, 2^a castellana, trad. Bustos Ramírez y Yáñez, Sergio, pp. 53 y ss.

(19) Roxin, Claus: *ob. cit.*, p. 101.

función social. También la teoría de la acción social evitó caer en esta reducción al absurdo en cuanto dió un sentido social a la acción (20), pero de todos modos la única y exclusiva base de ésta era y es el dogma causal.

4.— Ahora bien, no ha de llamarnos la atención que en los albores de la ciencia moderna se concediera tanta importancia a la causalidad, dado que para separar la ciencia de la superstición y de la superchería se buscaban reglas de explicación evidente, y en este sentido la causalidad prestó una gran utilidad. Sin embargo, ya a principios de este siglo el avance de las ciencias naturales obligaba a desprenderse de este dogma y así afirmó Heisenberg: “Porque todos los experimentos están sometidos a las leyes de la mecánica cuántica y con ellos a las relaciones de imprecisión, por eso mediante la mecánica cuántica se comprueba definitivamente la falta de validez de la ley causal” (21).

Por eso mismo, respecto al dogma causal señala Popper que no es “falsificable”, esto es, nunca puede señalarse un caso que sea falso, luego “no lo defende-

(20) Sobre la teoría de la acción social han escrito diferentes autores y si bien todos reconocen a Eb. Schmidt como el fundador de esta posición, no presentan un planteamiento uniforme entre ellos. Véase Engisch, Karl: *Der finale Handlungsbegriff*, en *Festschrift Kohlbrausch*, pp. 146 y ss.; Jescheck, H.H.: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, en *Festschrift Schmidt*, pp. 39 y ss.; Maihofer, W.: *Der soziale Handlungsbegriff*, en *Festschrift Schmidt*, pp. 156 y ss. En España, en especial Rodríguez Mourullo, *ob. cit.*, pp. 209 y ss.

(21) Heisenberg, W.: *Über den anschaulichen Inhalt des Quantentheoretischen Kinematik und Mechanik*, en *Zeitschrift für Physik*, nº 43, p. 197; además, véase del mismo autor: *La imagen de la naturaleza en la física actual*, pp. 27 y ss., Ariel Quincenal, donde adopta una posición más moderada.

remos ni lo contradeciremos sino que nos limitaremos a excluirlo por "Metafísico" de la ciencia" (22).

Como era lógico, las ciencias sociales, en especial la sociología, que iniciaran su camino también en el siglo XIX, tenían necesariamente que caer en la copia de los métodos utilizados por las ciencias naturales y por eso mismo, en el dogma causal, como se ve claramente en Dürkheim (23). Muy pronto la sociología

(22) Popper, Karl: *Logik der Forschung*, 4ª ed. p. 33.

(23) Así este autor señala: "... cuando se emprende la tarea de explicar un fenómeno social es preciso buscar separadamente la causa eficiente que lo produce y la función que cumple", y agrega "... el lazo de solidaridad que une la causa con el efecto presenta un carácter de reciprocidad que no ha sido suficientemente reconocido. Sin duda alguna el efecto no puede existir sin su causa, pero ésta, a su vez tiene necesidad de su efecto. Este saca de aquélla su energía, pero también se la restituye si se presenta la oportunidad, y, por consiguiente, no puede desaparecer sin que la causa se resienta de ello" (*Las reglas del método sociológico*, Madrid 1912).

Todavía en Max Weber encontramos este apego al criterio causal: "Debe entenderse por sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra, empleada con tan diversos significados): una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social, para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos..." y más adelante agrega "Una *interpretación* causal correcta de una acción significativa: que el desarrollo externo y el motivo han sido conocidos de un modo certero y al mismo tiempo *comprendidos* con sentido en su conexión". (*Economía y Sociedad*, pp. 5 y 11 respectivamente). Pero al mismo tiempo Weber plantea ya *el contenido de sentido de la acción como la primordial*: "Por "acción" debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La "acción social", por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de *otros*, orientándose por ésta en su desarrollo" y agrega más adelante: "Una interpretación causal correcta de una *típica* (tipo de acción comprensible) significa: que el acaecer considerado *típico* se ofrece con adecuación de sentido (en algún grado) y puede ser también comprobado como socialmente adecuado (en algún grado). Si falta la adecuación de sentido nos encontramos meramente ante una posibilidad *esta-*

trató de desprenderse de los métodos naturales mediante la distinción de ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu (24) y desde ese momento en adelante la investigación social ha progresado en la medida en que se ha desprendido del dogma causal y ha buscado la explicación de los fenómenos sociales a través de las múltiples variables y contraefectos que le sirven de sustentación. Tal es el caso, entre otras de la teoría funcionalista, la teoría de la organización, la de la interacción social (25). No otra ha sido también la

dística no susceptible de comprensión (o comprensible de forma incompleta), y esto aunque conozcamos la regularidad en el desarrollo del hecho (tanto exterior como psíquico) con el máximo de precisión y sea determinable cuantitativamente" (*ob. cit.*, pp. 5 y 11 respectivamente). *No hay duda que estos planteamientos de Weber son la base fundamental tanto de la doctrina de la acción social como de la teoría de la adecuación social y acción final de Welzel.*

(24) En el capítulo II de su obra, bajo el epígrafe de "Las ciencias del espíritu constituyen un todo autónomo frente a las ciencias de la naturaleza", expresa: "La imposibilidad de derivar hechos espirituales del orden mecánico de la naturaleza, imposibilidad que se funda en la diversidad de su procedencia, no impide la acomodación de los primeros en el sistema de los últimos. Sólo cuando las relaciones entre los hechos del mundo espiritual se muestren incompatibles con las uniformidades del curso natural en una tal forma que quede excluida la subordinación de los hechos espirituales bajo los que establece el conocimiento mecánico natural, sólo entonces se habrá señalado, no los límites inmanentes en los que termina el conocimiento natural y comienza una ciencia autónoma del espíritu que se estructura en torno a su propio centro" (*Introducción a las ciencias del espíritu*, p. 20).

(25) En Talcott Parsons se advierte ya el desprendimiento de la causalidad: "Pero para la teoría de la acción el organismo no es un sistema sino un punto de referencia de unidad. El foco de interés para la teoría de la acción no se encuentra en el proceso de equilibrio interno del organismo como sistema, sino en el proceso de equilibrio implicado en sus relaciones con el medio o situación en que otros organismos tienen una importancia crucial. *Este sistema relacional es el sistema de la acción*, no el organismo como sistema" (subrayado nuestro) (*El sistema social*, p. 536). Sobre el desarrollo general de las teorías sociológicas actuales, véase Cohen, Percy S.: *Modern Social Theory* (Heinemann

evolución de la criminología, que como dice Baratta: "el salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología consiste sobre todo en la superación del paradigma etiológico; que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida, naturalísticamente como teoría de las causas de la criminalidad" (26); también, pues el avance de la criminología se ha basado en su desprendimiento del método de las ciencias naturales que la influyó en su nacimiento en el siglo XIX, y específicamente del dogma causal.

Inexplicablemente, sin embargo, en el campo de la teoría del delito, todos los intentos globales de superación y renovación no han logrado desprenderse de su sello de nacimiento, esto es, del método de las ciencias naturales y en forma precisa del dogma cau-

Educational Book Ltd.), quién además en las pp. 2 y ss. trata también el problema de la causalidad en especial. En el capítulo cuarto trata el planteamiento teórico de la acción que es el que sirve de sustento también a la teoría de la acción final y en parte también a la social. Recalcando la significación del interaccionismo señala: "En cada sociedad cada actor entra en relación influenciado por una gran hueste de supuestos culturales y constreñido por una verdadera red de relaciones que usualmente están lejos de su alcance. Además, la interacción no es siempre inmediata o interpersonal, pero si mediata o impersonal. Estas interacciones, que ocurren sobre espaciosas distancias físicas, culturales o sociales, requieren normas establecidas que no pueden ser confeccionadas *ad hoc* para relaciones personales clausuradas. Esto requiere comunicación lingüística y el uso de otros recursos simbólicos que son parte de un grupo cultural o posiblemente parte de una civilización que extiende sus límites más allá de sociedades determinadas..." (*ob. cit.*, pp. 126-127).

(26) Ponencia al coloquio de la Sección Nacional Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Madrid-Plasencia (Octubre 1977), p. 2. Sobre la discusión actual en la criminología de esta problemática véase la controversia Sack, Fritz y Opp, Karl Bieter, en *Kriminologischer Journal*, nº 1 (1972), pp. 3 y ss.; además véase también Rütger, Werner: *Abweichendes Verhalten und labeling approach*, 1975.

sal (27). Es así, como el propio Welzel, que hace una crítica demoledora del positivismo y con ello del sistema de Liszt-Beling y de Mezger (28), incurre en el mismo error al poner como base del sistema al dogma causal. Y ello es así, porque tanto causalistas —comprendidos aquí también los partidarios de la acción social— como finalistas convergen en un mismo punto, determinar desde el acto humano la relación con un efecto dado. Pero con esto, tanto unos como otros, se colocan en el plano de lo ontológico o metafísico y por eso mismo de la acientificidad.

5.— El punto de partida no puede estar en el hombre ni en el acto humano. Como muy bien señalaba E. Schmidt: “mientras Adán permanecía sólo en el paraíso —desgraciadamente sólo muy corto tiempo— no había oportunidad de ver sus expresiones vitales bajo la problemática del “actuar”. Sólo la mancomunidad social de los hombres puede y tiene que hacer

(27) Posición característica del penalista es la sintetizada por Rodríguez Devesa, José María y que explica esta persistencia del dogma causal en el campo penal: “La relación de causalidad es un concepto importado de las ciencias naturales, aunque procedente de la Filosofía” (*ob. cit.*, p. 310), y más adelante agrega: “En lo que concierne a la relación de causalidad considero, con la opinión dominante, que el Derecho no es competente para construir un concepto específicamente jurídico de causa distinto del que rige en las ciencias naturales. Ahora bien, no puede tampoco olvidarse que al criminalista no le interesa establecer cual ha sido *la causa* del resultado, sino si un *determinado acto humano* es causa de un *determinado* resultado. El problema está ligado, por consiguiente, a los *tipos penales*” (p. 315), para terminar señalando: “Es preciso, por lo tanto concretarse al concepto de *causa* en sentido físico-natural y deslindar aquellas series causales que interesan al jurista. Como ya se dijo, causa es aquél antecedente del resultado unido a él por una relación de *necesidad* resultante de una ley físico-natural que nos es conocida” (p. 315).

(28) Cfr. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.

surgir esta problemática" (29). En otras palabras, el problema de la acción sólo puede surgir desde la relación social, pero evidentemente hay un salto en el vacío cuando la teoría de la acción social pasa directamente desde la relación social a la acción, pues si bien ésta está comprendida en aquélla en modo alguno se identifica con ella y es capaz de expresarla en su totalidad. Es por ello, que la crítica más común a esta teoría ha sido la que peca de imprecisión y vaguedad, justamente porque falta el nexo que recoja el contenido de la relación social y lo revierta sobre lo injusto y, por tanto, sobre la acción típica. Luego, la acción que nos interesa no es ni una metafísica ni una ontológica, ni la de las ciencias naturales, sino aquélla que es revertida por el derecho al tipo desde la relación social. Ese punto de reversión de la relación social en el campo del derecho es, como ya lo hemos dicho en otros artículos, el bien jurídico (30).

El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos sus formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interacciones y su trascurso dentro del desarrollo histórico del contexto social. Sólo a partir de aquí se puede dar un contenido material al injusto y con ello a la tipicidad, la acción surge como una forma de vinculación de los sujetos, implica un determinado rendimiento social de los sujetos. El bien jurídico nos permite determinar el por qué de lo injusto, cuáles son los fines persegui-

(29) *Ob. cit.*, p. 340.

(30) *Consideraciones en torno del injusto*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1974, pp. 33 y ss.; y *Política Criminal e Injusto*, ponencia al coloquio de la Sección Nacional Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Madrid-Plasencia (Octubre 1977).

dos. Así el legislador español se ha dado cuenta que con el adulterio lo que se protegía, o el fin perseguido, era el mantenimiento de una determinada posición de desigualdad por el sexo de los sujetos dentro de una relación social concreta, el matrimonio. Como ello ya no se compadece con los postulados de un moderno estado de derecho, procedió con razón a su eliminación (31). De ahí la importancia del bien jurídico en su concreción y claridad, lo que nos permite la continúa revisión crítica del sistema. Pero no sólo eso, además permite, por una parte, dar contenido material a la tipicidad, que es lo que ahora nos interesa profundizar, y, por otra, dar contenido material a la antijuricidad.

Tal contenido material no se puede dar desde la causalidad, pues, además, de que este concepto es discutible desde el punto de vista de las ciencias naturales y sociales, como hemos visto, no logra tampoco *el fin de determinación que cumple la tipicidad*.

Así, la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es la que más se compadece con un concepto ontológico o metafísico de ella, es tan vaga y amplia, que, como reconocen sus defensores justamente excluye toda discusión respecto de la cuestión causal, ya que todo queda englobado por ella. Por eso mismo se ha tratado de buscarle formas reductoras (32).

La teoría de la equivalencia de las condiciones carece de eficacia en la determinación típica y necesariamente se tiene que reconocer que en la omisión

(31) Sobre la desigualdad en razón de sexo en relación al Código Penal español, véase Gimbernat Ordeig, Enrique: *La mujer y el código penal español*, en *Estudios de Derecho Penal*, pp. 33 y ss.

(32) Cfr. Córdoba Roda, Juan: *Comentarios al Código Penal*, pp. 13 y ss.

sólo hay una “causalidad hipotética”, esto es, que no hay causalidad (33); que en los delitos culposos hay que recurrir a la causalidad adecuada y también a los procedimientos hipotéticos, esto es, a la suposición de que si algo hubiese ocurrido —lo que siempre se señalaba que no era posible introducir en la causalidad— (34); que en la propia determinación del dolo se tenga que recurrir a la adecuación en el caso del llamado dolo general.

En otras palabras, la causalidad de nada sirve en la determinación típica, en verdad es sólo el pretexto para fundamentar una determinada concepción de la teoría del delito.

Resulta clara la ineficacia de la causalidad frente al siguiente ejemplo: Pedro sujeta fuertemente a Juan, con el objeto de impedir que éste se lance al agua para salvar a Daniel que se está ahogando. Evidentemente Pedro realiza algo más que una omisión de socorro (tampoco realiza una comisión por omisión, pues no tiene deber de garante alguno), su acción es una acción de matar. Pero desde un punto de vista causal la fórmula de la *conditio sine qua non* resulta ineficaz, pues no se trata simplemente de que suprimida *in mente* haya de desaparecer necesariamente el resultado; sólo se podría señalar que *probable o posiblemente* éste desaparecería. Luego claramente se advierte la introducción de un factor de imprecisión o proba-

(33) Con mucha precisión señaló Antón Oneca al respecto: “En efecto, no hay propiamente relación de causalidad entre la omisión y el resultado; pero sí es preciso que la acción debida fuese capaz de impedir el resultado. Sobre el cálculo de la fuerza causal para impedir el resultado de la acción debida, se puede declarar de un modo analógico que la omisión ha causado el resultado”, *Derecho Penal*, T. I, P.G., p. 173).

(34) Cfr. Bustos Ramírez: *Culpa y Finalidad*, pp. 69 y ss.

bilidad que no se puede salvar mediante la simple causalidad, sino que hay que buscar otro tipo de criterios.

Con la teoría de la adecuación, por otra parte tampoco se avanza mucho más, pues también parte del dogma causal y de la teoría de la equivalencia de las condiciones, con lo que deja sin explicación gran parte de la teoría penal y por cierto puntos fundamentales, la omisión y los procedimientos hipotéticos en la culpa. Evidentemente logra una mayor precisión que la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero justamente porque en realidad *no es una teoría causal*, ya que utiliza criterios valorativos o subjetivos.

En general, lo dicho respecto a la llamada teoría de la causalidad adecuada, rige también para las demás, que pretenden reducir los excesos de la *conditio sine qua non*.

El error reside en partir desde el acto al resultado y ese no es el problema. Más aún, si se analizan los tipos se puede comprobar que son muy pocos los que presentan un resultado físico claramente separable, con lo cual su estudio queda reducido sólo a aquéllos que, por excepción, atribuyen un resultado físico separable al acto. De lo que se trata es de explicar de algún modo la forma de conexión que reviste la vinculación (acción u omisión) entre los sujetos de una relación social dada con el tipo y esto es completamente independiente de la pretendida problemática de la causalidad.

Por consiguiente, lo que interesa, es, sobre la base del bien jurídico, la *atribución* de una acción al tipo. En definitiva, la piedra angular de lo injusto no es la acción sino el bien jurídico, y con ello se supera tam-

bién la contradicción entre una sistemática categorial y una teleológica.

6.— Junto al problema de la causalidad se ha tratado también por los autores la llamada cuestión de la “adecuación social”, como una forma de ir a una mayor determinación de la tipicidad y de restringir los alcances de la mera relación causal. Fue Welzel justamente quién ya en su primer trabajo global sobre la parte general del Derecho Penal, señalaba: “La acción (incluida la final) sigue siendo una abstracción como la “causación” si no se la concibe como fenómeno con significación social, como acción en el ámbito social de la vida” (35). Más adelante agregaba “... no hay conceptos típicos jurídicos penales, ni siquiera los llamados descriptivos, como por ejemplo, “matar”, “lesionar”, “dañar”, que sean conceptos causales de lesiones causales de algún bien jurídico, *sino conceptos sociales de relación y de significación, es decir, conceptos cuyo contenido de sentido se desprende de su función en el todo social...*” (subrayado nuestro) (36).

La teoría de la adecuación social ha tenido, sin embargo, un desarrollo bastante accidentado, sobre todo respecto a dos puntos: el alcance de esta teoría y el lugar sistemático que ella ocupa. En cuanto al lugar sistemático hay autores que la ubican en la tipicidad (37), otros en la antijuricidad (38) y también algunos, los menos, que la plantean en la culpabili-

(35) *Studien zum System des Strafrechts*, en ZStW. 58, p. 516.

(36) *Studien zum System des Strafrechts*, en ZStW. 58, p. 528.

(37) Zipf, Heinz: *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, en SZtW. 82, pp. 633 y ss.; Jescheck H.H.: *Lehrbuch des Strafrechts*, pp. 190 y ss.

(38) Schmidhäuser, Eberhard: *Strafrecht*, P.G., 2ª ed. pp. 298 y ss.; Baumann, Jürgen: *Strafrecht*, P.G., 7ª edic., pp. 276 y ss.

dad (39). El propio Welzel en un principio ubicó la adecuación social en la tipicidad, posteriormente en la antijuricidad y por último, volvió a su primitiva posición (40).

Evidentemente el problema de la adecuación social corresponde tratarlo en la tipicidad. No puede ser un problema de culpabilidad, dado que lo que interesa no es determinar las motivaciones o la capacidad del individuo, sino que se trata de la determinación de lo que la comunidad social estima como comportamiento correcto, sea quien sea el sujeto y sus procesos íntimos (41).

Tampoco es un problema de antijuricidad, porque lo característico de la causal de justificación es de conceder un permiso especial frente a una situación determinada, en cambio la adecuación social es una cláusula general de "libertad" de acción (42). (43).

(39) Roeder, Hermann: *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, 1969.

(40) Hasta la 3ª edición de su *Lehrbuch* mantiene la adecuación social dentro de la tipicidad, desde la 4ª en adelante dentro de la antijuricidad, para volver en las últimas ediciones, 9ª en adelante, a ubicarla dentro de la tipicidad.

(41) Cfr. Zipf, Heinz: *ob. cit.*, p. 640.

(42) Cfr. Welzel, Hans: *Derecho Penal alemán*, ed. cit., p. 86; Zipf, Heinz: *ob. cit.*, p. 645. Tiene también razón Hirsch cuando ataca a Schaffstein (*Soziale Adäquanz und Tatbestandlehre* en *ZStW.* 72, pp. 369 y ss.) en el sentido en que la diferenciación entre adecuación social no depende de si se es o no partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que con esta teoría no se avanza más, pues permanece el problema de distinguir entre las características positivas y las negativas o lo que es lo mismo entre características fundamentales del tipo y presupuestos de justificación. Luego, respecto de la adecuación social hay que decidir si pertenece a unas u otros (*Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en *ZStW.* 74, pp. 81 y ss. 84).

(43) Con claridad se ve el rol que juega la adecuación social cuando se compara un estado de derecho con aquéllos que no lo son. Así,

Por último, quedaría una cuarta posibilidad que es tratar la adecuación social antes de la tipicidad. Pero como muy bien recalca Zipf: "... la adecuación social debe investigarse en conexión con la prueba del tipo. La cuestión de la adecuación social del actuar anteponerla a la prueba del tipo no tendría ningún sentido. Por el contrario se darían las siguientes dudas. El tipo de delito es el punto de partida para el planteamiento de la cuestión penal; sin su cumplimiento una conducta es siempre irrelevante penalmente, cualquiera que sea su configuración. La función del tipo en la teoría del delito se infiere de la función de advertencia respecto del ciudadano. Ella es el pórtico de entrada para que la conducta de un ciudadano pueda probarse en su contravención al Derecho Penal" (44).

Pero como ya dijimos, no sólo se ha discutido la ubicación sistemática de la adecuación social, sino también sus alcances. Y quien con mayor fuerza le negó toda eficacia a esta teoría, fue Hirsch (45) un discípulo de Welzel. Hirsch, luego de analizar los diferentes casos que se estiman como característicos para la aplicación de esta teoría, los va eliminando mediante el recurso de otros principios jurídicos. La gran crítica

en Chile antes del golpe de estado de 1973, se podría hacer abierta crítica política y social, aún de carácter jocoso o caricaturesco. En la actualidad ello no es posible, se reprime con la desaparición, la cárcel o la expulsión del país. Evidentemente los modelos generales de libertad de acción han cambiado radicalmente a partir de 1973.

(44) Zipf, Heinz: *ob. cit.*, p. 650.

(45) Vid., *ob. cit.* En cambio Klug afirma: "No hay impedimentos de principio respecto de una discusión sobre causas de exclusión suprallegales del tipo" (*Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, en *Festschrift Schmidt*, pp. 249 y ss.); sólo que Klug reserva para la cuestión de la tipicidad la denominación de "congruencia social" y para discutir dentro de la antijuricidad la "adecuación social".

de Hirsch va dirigida a la vaguedad e imprecisión de esta teoría y de ahí que recurra a los recursos tradicionales de la teoría del delito para solucionar aquellos problemas que se pretenden incluir dentro de la adecuación social: “el peligro de la superficialidad dogmática que en ello existe, de que ya no se analicen los casos en forma sistemática exacta, sino que se decidan únicamente en forma consignista mediante la invocación de un sentimiento jurídico que coincide en mayor o menor medida con el derecho vigente” (46). Hirsch deja reducida la adecuación social a un punto de vista interpretativo para determinadas características del tipo, con lo cual realmente, como el mismo lo reconoce, se ha abandonado la teoría de la adecuación social (47).

Evidentemente Hirsch tiene gran razón en muchas de sus críticas a la teoría de la adecuación social, ya que en realidad peca de vaguedad e imprecisión como lo han destacado muchos autores. Así, Rodríguez Mourullo: “Esta heterogeneidad, sumada a la imprecisión del criterio de la adecuación social, que en el mejor de los casos no pasa de ser un principio siempre inseguro y relativo, explica que la doctrina de la adecuación social no sea admitida por autorizados penalistas ni como criterio de exclusión de la tipicidad ni como causa de justificación” (48). Y más adelante agrega: “... a nuestro juicio, el criterio de la adecuación social debe ser rechazado. En primer lugar, porque, como revela la propia expresión, es un criterio que hace referencia al concepto de “socialidad”, absolutamente impreciso e inidóneo...” para terminar señalando: “La tipicidad (y otro tanto cabe decir de

(46) Hirsch, Joachim: *ob. cit.*, p. 93.

(47) Cfr. Hirsch, Joachim: *ob. cit.*, p. 133.

(48) *Ob. cit.*, p. 263.

la antijuricidad) son, por el contrario, *valoraciones jurídicas* que se predicán de dicho objeto y, por tanto, no pueden resolverse con simples criterios sociales, sino con criterios que han de ser necesariamente jurídicos” (49).

El problema de la teoría de la adecuación social es trabajar con una concepción absolutamente prejurídica de acción, incluso ontológica, con lo cual no hay posibilidad alguna de establecer una relación con las categorías jurídicas del delito. No se puede partir desde la acción, menos aún si se le da un contenido naturalista u ontológico, para lograr determinar el tipo. Tanto, la causalidad natural como la adecuación social llevan el sello de la vaguedad e imprecisión para determinar el tipo, como ya ha sido señalado. Sólo a partir del bien jurídico se puede dar un contenido al injusto, este es el punto de unión entre realidad y valoración jurídico penal, sólo a partir de él se puede precisar y determinar materialmente la tipicidad.

7.— Conviene hacer un resumen de lo que hemos examinado hasta ahora. Conforme al desarrollo doctrinario existente hemos visto que los autores en general determinan la tipicidad mediante la relación de causalidad, la acción propiamente tal queda como un concepto previo sobre el que se sustenta el delito. Así Rodríguez Mourullo señala: “En realidad, la ausencia de relación causal lo que excluye es la tipicidad. Subsiste la “acción”, que a veces será incluso una “acción voluntaria”, pero queda eliminada la existencia de una “acción penada por la ley” (entendida esta expresión en su acepción referente a la tipicidad)” (50).

(49) *Ob. cit.*, p. 265; en el mismo sentido Rodríguez Devesa, J.M.: *ob. cit.*, pp. 423 y ss.

(50) *Ob. cit.*, p. 303.

Pero, como hemos visto en relación a la causalidad hay que hacer una serie de precisiones. Metodológicamente es un concepto sacado de las ciencias naturales en el siglo XIX por la doctrina penal. Ahora bien, dentro de las ciencias naturales es un concepto que ha perdido su carácter dogmático o metafísico por acientífico y se le ha sometido a una total revisión que lo ha dejado prácticamente sin aplicación. Podría decirse que el Derecho Penal usa actualmente el concepto de causalidad tal como lo entendieron las ciencias sociales y, especialmente, la criminología. Pero, también, las ciencias sociales y la criminología extrajeron este concepto de las ciencias naturales del siglo XIX y, como hemos visto, el progreso de las ciencias sociales y de la criminología, en lo que va de este siglo, se caracteriza por un alejamiento de la causalidad como concepto explicativo de los fenómenos sociales y en especial, en lo que a la criminología se refiere, de la conducta desviada.

Luego, resulta que ya sólo por lo anterior es necesario poner en tela de juicio el concepto de causalidad como suficiente para explicar un fenómeno, más aún, si se trata justamente del comportamiento humano, donde evidentemente los métodos de las ciencias naturales resultan totalmente inadecuados, como lo demuestra el desarrollo de las ciencias sociales. Por su parte, los propios penalistas se habían dado cuenta de la incapacidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones —la que mejor recoge el concepto natural de causalidad de las ciencias naturales del siglo XIX— para determinar o dar una explicación precisa de la tipicidad. De ahí que muchos recurrieran a otros criterios, en que si bien por la tradición metodológica se les seguía llamando causales, como es el caso de la teoría de la causalidad adecuada, en realidad no des-

cansaban sobre el principio metodológico de la causalidad, sino sobre otros principios, como el de la anti-juricidad o el de la culpabilidad, esto es, propiamente del ámbito del derecho penal.

Por otra parte, hay que destacar que el principio metodológico de la causalidad ha sido utilizado solamente para la explicación de la relación existente entre una acción y un resultado, entendido éste como físicamente separable de aquélla. Es decir: para un ámbito sumamente reducido dentro de la teoría del delito, ya que no quedan comprendidos los delitos de mera actividad o aquellos en que no es posible separar un resultado independiente de la acción, además, en gran medida el campo de la omisión. Más aún, en el caso de la omisión nadie ha pretendido seriamente plantear la existencia de una causalidad entre omisión y resultado, sino que simplemente se habla de una *causalidad hipotética*, con lo cual se está afirmando la falta de causalidad.

Luego, tanto por el ámbito a que es reducido el problema de la causalidad por sus propios sostenedores, cuanto por las razones metodológicas antes expuestas, resulta que el principio de la causalidad no tiene casi ninguna significación en el derecho penal.

Junto al principio de la causalidad y dada su ineficacia, se ha introducido por la doctrina el principio de la adecuación social, como criterio de la determinación de la tipicidad. Con razón dice Roxin: “Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo: es decir una interpretación restrictiva que actualice la función de Magna Carta del Derecho Penal y su naturaleza “fragmentaria” y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien

jurídico. Para ello, hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles” (51).

No obstante, como ya se ha dicho, el principio de la adecuación social es objeto de grandes críticas debido a que falta un criterio que le da precisión a su función. En tal medida, si bien es un gran avance en el acercamiento de dogmática y política criminal y en definitiva de la teoría del delito a la realidad social, y en la búsqueda de una metodología propia, más acorde con la naturaleza social del derecho, adolece, sin embargo, de una cierta vaguedad (52).

8.— Este resumen anterior nos lleva a cuestionarnos cuál es el verdadero contenido de la tipicidad. Sería absurdo pensar que el contenido de la tipicidad sea la causalidad en el sentido entendido tradicionalmente, ya que hemos visto lo reducido de su ámbito. Además de las objeciones metodológicas señaladas, es

(51) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, pp. 52-53.

(52) En verdad tampoco la acusación de vaguedad es tan exacta. Ya que lo que ocurre es que la adecuación social, como hemos visto, establece *modelos* de acción que son significativos socialmente. La imprecisión proviene, pues, de que es necesario subsumir el comportamiento completo en ese modelo, y como por otra parte también el tipo es un *modelo* general, lo que también implica la necesidad de subsumir un comportamiento completo en el tipo, ello puede provocar en principio, ciertas dificultades. Pero aquí es donde juegan un rol las reglas de interpretación. Lo importante, sin embargo, es que ya la adecuación social ha señalado un marco de referencia de significación social, y que el intérprete no puede dejar de lado al considerar el comportamiento concreto. Ello, sin perjuicio de lo importante que es determinar modelos o cláusulas generales de “libertad” de acción.

incapaz de explicar la mayor parte de los problemas de la tipicidad.

Tampoco pareciera que pudiésemos plantear como contenido de la tipicidad la adecuación social, ya que este es un concepto en referencia, esto es, se predica de un objeto, de algo que es adecuado o inadecuado. Dicho objeto podría ser la propia causalidad, con lo cual no se avanzaría mucho dado el ámbito reducido de ésta y tampoco calza con las pretensiones de este principio que pretende ser un criterio de carácter general respecto de la tipicidad.

Luego, ni la causalidad, ni la adecuación social son aptas para señalarnos cuál es el contenido de la tipicidad.

Determinar cuál es el contenido de la tipicidad no es posible lograrlo de ella misma, sino desde un principio que sea su fundamento. Este no es ni puede ser otro que el bien jurídico, esto es, el principio que señala qué es lo que defiende el ordenamiento jurídico y porqué lo defiende. El bien jurídico, como ya dijera v. Liszt es el punto de unión entre dogmática y política criminal (53), es el punto de unión entre teoría del delito y realidad social. El bien jurídico en cuanto síntesis concreta de una relación social dinámica determinada, cumple una *función garantizadora* (indica qué y porqué se protege y por ello mismo se castiga) y una *función material*, da contenido a lo injusto, esto es, a la tipicidad y a la antijuricidad (54).

Partiendo del bien jurídico resulta necesario hacer dos distinciones de carácter material, por una

(53) *Der Begriff des Rechtsguts im Strafrechts und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, en ZStW. 8, p. 139.

(54) Cfr. *Política criminal e injusto*, ponencia cit.

parte, el desvalor de acto y por otra, el desvalor de resultado. Por el desvalor de acto se trata de determinar qué comportamientos inciden en la protección que implica el bien jurídico. Dicha determinación sólo es posible realizarla mediante una norma, sea prohibitiva o de mandato. El desvalor de resultado, en cambio, sólo es posible determinarlo mediante el examen de todo el ordenamiento jurídico, como reflejo del ordenamiento social, y, por tanto, incluidas también otro tipo de normas, como por ejemplo, las permisivas. Luego, el ámbito de la tipicidad es el ámbito del desvalor de acto y el ámbito de la antijuricidad es el del desvalor de resultado. Ahora bien, como una norma prohibitiva o de mandato sólo puede prohibir o mandar comportamientos, jamás resultados o procesos causales, resulta claro también desde este punto de vista, que el contenido de la tipicidad no es otro que el comportamiento humano en toda su extensión.

Por lo dicho, si justamente es el comportamiento humano, ya sea acción u omisión el contenido de la tipicidad, el problema enfocado por la teoría tradicional de la causalidad, esto es, la relación entre acción y un resultado separable físicamente, en caso alguno sería un problema de tipicidad. Este es un problema propio de la antijuricidad (55), donde se determina si en relación al comportamiento realizado es posible *imputar* una determinada afectación efectiva al bien jurídico. Esto es, si la lesión o puesta en peligro son o no son imputables. El problema de los resultados físicamente separables es simplemente un aspecto

(55) Gimbernat Ordeig, mediante una vía propia, llega a los mismos resultados, esto es, que los problemas que se engloban bajo la causalidad en realidad pertenecen y deben ser tratados en la antijuricidad (*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 99 y ss. -104).

muy parcial de la problemática mayor del concepto de lesión. Evidentemente, aunque no es el objeto de este trabajo analizar dicho problema, esta relación de *imputación* (la determinación del desvalor de resultado) en caso alguno podría intentarse solucionarse con un concepto tan vago, impreciso y ajeno a las ciencias sociales, como el de la causalidad. Con razón ha surgido en torno a este problema la llamada teoría de la imputación (56).

En definitiva, pues, el problema del contenido de la tipicidad es determinar qué acciones son *atribuibles* a un tipo, lo cual sólo es posible hacerlo desde el punto de vista del bien jurídico, en cuanto éste implica una relación social. El comportamiento humano no es sino una forma de vinculación de los sujetos dentro de dicha relación social y por ello mismo es un concepto que implica un determinado *rendimiento* social. Por eso, en ese sentido, el trabajo es el comportamiento humano social por excelencia, pues se identifica con rendimiento social. De aquí, entonces, es que hay que partir para buscar desde el bien jurídico los criterios de *atribución* de comportamientos humanos a un tipo determinado.

Ciertamente se podría decir que la pretendida “causalidad natural” resulta indispensable, en cuanto todo comportamiento humano implica una determinada materialización en la realidad. Pero, justamente

(56) El primero que señaló esta problemática fue Richard Honig (*Kausalität und Objektive Zurechnung*, Frank Festgabe, pp. 174 y ss.), quien señalaba que “Según esto es imputable aquél resultado, que puede ser pensado como colocado conforme al objetivo” (p. 184). Para él el juicio objetivo de imputación era uno diferente e independiente del de causalidad (p. 179). Ultimamente Roxin le ha dado gran impulso a este planteamiento de Honig: *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en *Straftliche Grundlagenprobleme*, pp. 123 y ss. y aparecido primeramente en el *Festschrift Honig*.

esta materialización en la realidad es imposible explicarla con el criterio de la causalidad, la materialización en la realidad sólo es posible explicarla sobre la base de la relación social misma y de la ubicación de ésta en el contexto social. En esa dirección se realizan las investigaciones de la actual criminología sobre la conducta desviada (57). El propio Estado no es ajeno, con su actividad institucional y en especial la represiva, a la creación de relaciones sociales determinadas, de determinadas materializaciones de comportamientos humanos (58).

Luego, la atribución de una acción al tipo hay que considerarla desde su significación social total. Por ello mismo, resulta ineludible, al abarcar el comportamiento en toda su significación, comprender también el *sentido* social del comportamiento, que necesariamente involucra su aspecto subjetivo, esto es, lo que a nivel dogmático se conoce por dolo y culpa. Desde este punto de vista habrá una atribución social objetiva y subjetiva.

El tipo penal es pues la caracterización de aquellos comportamientos sociales del hombre que tienen una determinada relevancia desde el punto de vista

(57) Cfr. Rütger, Werner: *Abweichendes Verhalten und labeling approach*, 1975; Sack, Fritz: *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en *Kriminalsoziologie*, pp. 431 y ss.; Ian Taylor, Paul Walton, Jock Young: *Critical Criminology*; los mismos: *The New Criminology*.

(58) Dorado Montero recalca esto con mucho acierto: "Son delitos aquellos actos que el más poderoso prohíbe ejecutar y cuya realización conmina con penas. Es decir, que el concepto de delito es de esta suerte un concepto impuesto" (*Bases para un nuevo Derecho Penal*, p. 28) y más adelante agregaba: "No existiendo acciones que sean delitos por su propia naturaleza, independientemente de toda circunstancia de tiempo, lugar y persona, sólo vienen a ser tales aquellas que caprichosamente prohíben y castigan los que mandan" (p. 30). Lo que sucede en Chile, que es el ejemplo extremo en Latinoamérica, es una clara muestra de ello.

del bien jurídico y por eso mismo son antinormativos. Como dice muy bien Zipf, el tipo cumple “una función de advertencia respecto del ciudadano. Ella es el pórtico de entrada para que la conducta de un ciudadano pueda probarse en su contravención al derecho penal” (59).

Luego, no se pueden subsumir dentro del tipo todos aquellos comportamientos humanos que son *significativos socialmente*, en otras palabras no es posible su atribución al tipo desde el punto de vista del bien jurídico.

Ello, entonces, hace surgir dentro del criterio general de significación social como excluyente de la tipicidad, diferentes criterios específicos. Uno de ellos es, justamente, la falta insignificante de significación social, donde caben todos aquellos comportamientos que afectan en forma insignificante al bien jurídico (lesiones levísimas, hurtos de muy poca monta, etc.), donde evidentemente desde un punto de vista social resulta innecesaria su atribución al tipo. También cabe aquí señalar la importancia que reviste el sentido social objetivo en un contexto dado por atribuir una conducta al tipo; así, por ejemplo, depende del sentido social objetivo concreto la calidad injuriante de una expresión o de un acto. Aquí cabría considerar en cierto modo, la llamada adecuación social, en cuanto esta implica determinados *modelos* de conducta que aparecen socialmente admitidos, a pesar de que aparentemente pudiesen estar comprendidos en un tipo penal. La adecuación social, como certeramente señala Zipf, sólo puede conducir a una restricción de la punibilidad, nunca a una ampliación de ella; el nacimiento de una nueva necesidad punitiva sólo puede

(59) Zipf, *ob. cit.*, p. 650.

ser subsanada por el legislador mismo (60). Otro criterio para la delimitación de comportamientos atribuibles es el del rendimiento social, que habrá que sopesarlo con los riesgos que lleve implícito: pero un alto rendimiento social de un comportamiento puede admitir una determinada cantidad de riesgos, como el tránsito automovilístico, la actividad industrial, etc.

En algunos casos particulares cabe aplicar el llamado principio de la causalidad adecuada, mejor denominado teoría de la adecuación, que es sobre todo útil para la determinación de la culpa y casos límites del dolo, el llamado dolo general.

Por último, también surge como criterio la imposición de comportamientos sociales, esto es, aquéllos que resultan necesariamente del propio medio social o de la actividad, especialmente de la represiva, del Estado. En este sentido, haciendo un juego de palabras, no sólo hay delitos calificados por el resultado, sino, también, podrían darse delitos calificados por la acción. Esto es, no sólo pueden *imputarse* sin fundamento alguno resultados como afección de un bien jurídico, sino también pueden atribuirse, sin fundamento alguno, acciones a un tipo. Este sería el caso de los comportamientos que surgen como consecuencia de la coacción ejercida por la sociedad sobre la relación sexual, que por una parte hace surgir en gran medida la prostitución y por otra al alcanzar la represión estatal también a ésta, impone conductas como las de masajista, dama de compañía, bares de alterne, etc. Un comportamiento social impuesto es el producto de un comportamiento social significativo, que en razón de una coacción del Estado adquiere una determinada tipología que aparentemente es relevante des-

(60) *Ob. cit.*, p. 634, nota 4.

de un punto de vista jurídico. Ello sin perjuicio que con relación a aquél, se den comportamientos efectivamente relevantes desde un punto de vista jurídico (conforme al ejemplo anterior, trata de blancas, corrupción de menores, etc.).

Casi resulta obvio destacar que los conceptos ligados a la atribución, esto es, significación social y demases son completamente ajenos a los predicados morales de bueno o malo, moral o inmoral. *La atribución a la tipicidad desde el bien jurídico no puede estar regido por tales conceptos, sino sólo por el de protección.*

Pero fuera de estos criterios de atribución, que naturalmente pueden ser muchos más, es necesario, además, destacar otra función de la significación social o rendimiento social, que es la dirigida a la interpretación de las características de los tipos, en cuanto el tipo es expresión de un *modelo* de comportamiento desvalorativo socialmente. Luego, también la precisión de estos contornos del *modelo* mismo tienen que ser dados por criterios de significación social o como dirían algunos, por criterios de adecuación social (61), aunque esta última denominación no nos parece acertada.

9.— En definitiva, el bien jurídico nos permite determinar materialmente la tipicidad. Por una parte, el tipo sólo puede comprender comportamientos desvalorativos (desvalor de acto), esto es, comportamientos desviados o fallidos en su significación social y que por ello mismo, entonces, necesariamente tiene que recogerlos el bien jurídico en el tipo, en cuanto éste es una síntesis de dicha relación social. Por eso mismo

(61) Así Hirsch, *ob. cit.*, p. 132.

el criterio de significación social y de rendimiento social serán los fundamentales para precisar los contornos mismos del tipo, será el único criterio básico de interpretación teleológica. Por otra parte, el comportamiento concreto que va a ser *atribuido* a este *modelo* de comportamiento que representa el tipo, sólo puede ser precisado a partir, también, del criterio de la significación y rendimiento social.

Luego, *la relación fundamental que es necesario indagar es la relación de atribución del comportamiento dado al tipo, y esa relación de atribución se determina a partir del bien jurídico*, por el criterio de significación social y rendimiento social, que incluye planteamientos aportados desde largo tiempo por la doctrina, como el de la teoría de la adecuación objetiva (mal llamada causalidad adecuada) y el planteamiento de la teoría de la adecuación social.

Cabe destacar, entonces, que la llamada relación de causalidad no es de modo alguno un problema de la tipicidad y no podría serlo, ya que la norma no se refiere a resultados ni a causalidades; en verdad el mal llamado problema de la causalidad envuelve realmente *un problema de imputación que es necesario analizar en la antijuricidad considerada esta materialmente*.

En definitiva, se trata de ordenar más conforme con la realidad social la teoría de lo injusto. La piedra angular de lo injusto es el *bien jurídico* y no la acción. La tipicidad es la *atribución* de un comportamiento al tipo; su contenido está dado por el comportamiento en cuanto a tal y no por la llamada causalidad y el resultado. Sólo así, tipo y tipicidad, cumplen su esencial función garantizadora de determinación. El resul-

tado es un problema de la antijuricidad y asimismo, el de la *imputación*. Este último ha sido tradicionalmente confundido con el de la causalidad en las ciencias naturales del siglo XIX.